

Amal MOURJI,

Professeur à l'Université Hassan II, Casablanca (Maroc)

« L'État de droit comme fondement de la stabilité »

Introduction

L'adoption des principes et valeurs de la démocratie au XVIII^e siècle, et l'avènement de la doctrine de l'État de droit à la fin du XIX^e siècle, vont contribuer à parachever cette construction en faisant prévaloir la vision d'un État entièrement coulé dans le moule du droit.

Cette doctrine, produit d'une conjoncture socio-politique, débouche sur un ensemble de réformes institutionnelles visant à la réalisation de l'idéal démocratique. L'État de droit va donc naître dans le champ juridique pour répondre au besoin de systématisation de la démocratie et à l'impératif de la fondation du droit public. Fruit d'une construction doctrinale, cette théorie vise à reconstruire la réalité juridique sous la forme d'un ensemble cohérent, intelligible et rationnel.

Mais dès l'origine, plusieurs conceptions de l'État de droit se sont opposées. L'une considère que l'État de droit est celui qui agit au moyen du droit en la forme juridique, tantôt comme l'État qui est assujéti au droit, ou encore celui dont le droit comporte certains attributs intrinsèques.

Ces trois versions (formelle, matérielle et substantielle), esquissent plusieurs types de configurations de l'État de droit, qui ne sont pas exemptes d'incidences politiques. Ces enjeux politiques étaient présents tout au long du XIX^e siècle dans la théorie allemande du *Reichstaat*.

L'apparition, au XX^e siècle d'États totalitaires ou autoritaires, montrera que l'État de droit pouvait n'être qu'un costume, une enveloppe formelle, une façade, un trompe-l'œil, recouvrant une conception purement instrumentale et démagogique du droit. Mais, l'État de droit va subir, comme nous le verrons, depuis la seconde guerre mondiale deux inflexions essentielles.

D'une part, ce qui n'était qu'un concept doctrinal servant à construire une science du droit public, fait l'objet d'une consécration dans le droit positif. Encore une fois, l'Allemagne joue le rôle de pionner, l'article 28 de la loi fondamentale (*Grundgesetz*) de la République fédérale du 23 mai 1949 indique explicitement que « *l'ordre constitutionnel des Länder doit être conforme aux principes d'un État de droit républicain, démocratique et social au sens de la présente loi fondamentale* ». Pour être plus précis, l'État de droit est ainsi inscrit pour la première fois dans un texte juridique et la Cour constitutionnelle de Karlsruhe, dans sa décision du 15 décembre 1970, a affirmé qu'il faisait partie des « idées directrices » de la loi fondamentale (1^{er} juillet 1953) et constituait un « principe » sous-jacent à celle-ci.

D'autre part, en prenant en compte le caractère « républicain, démocratique et social » de l'État de droit, la volonté manifestée est de rompre avec le national-socialisme, qui avait cherché à récupérer pour son propre compte le concept de l'État de droit.

L'État de droit n'est donc plus une simple théorie, il devient un principe fondamental qui commande le système de droit positif. Le vocable, « État de droit », n'évoque plus seulement l'existence d'un ordre juridique hiérarchisée, mais plus encore un ensemble de droits et libertés fondamentales.

Dans cette logique, la mondialisation de l'État de droit depuis la fin des années 1980, doit être prise en considération, en ce qu'elle témoigne que les modèles d'organisation politique construits dans les pays de l'Est et du Sud se sont révélés non viables, et que la cause de leur effondrement est la forte attraction par les sociétés considérées du modèle libéral, qui semble être devenu le seul modèle tolérable de référence¹.

1 FUKUYAMA, F. F., *The End of History and the Last Man*. Free Press, 1992.

Le droit, comme la médecine et la botanique, connaissent des phénomènes de greffes qui parfois réussissent avec bonheur, mais parfois connaissent des échecs. C'est l'absence d'État de droit dans les sociétés arabes qui a engendré la chute des régimes, et c'est aussi l'absence de culture démocratique, de consensus social autour de valeurs communes pour un projet de société, qui a voué à l'échec les révolutions sociales du printemps arabes, d'où l'exile massif de réfugiés politiques et économiques vers l'Europe avec tous les problèmes d'intégration qui s'en suivent, et l'instabilité dans les relations internationales.

Etudier l'État de droit comme fondement de la stabilité renvoie non seulement à la définition même de l'État de droit mais renvoie aussi et surtout à la fonction que lui assigne sa proclamation constitutionnelle. La première fonction de l'État de droit qui vise la limitation du pouvoir politique assure du même coup la stabilité et la pérennité des pouvoirs publics constitués (I).

L'étude renvoie aussi au sens et à la signification de la fonction de l'État de droit, qui au cours de son histoire vise par ses interventions économiques à renforcer la démocratie sociale, tempérer les conflits par son arbitrage, pour maintenir la stabilité, la paix et la cohésion sociale (II).

Enfin l'étude renvoie à une nouvelle mutation de la fonction de l'État de droit depuis la résurgence d'un fort courant libéral amorcé au cours des années 1970 pour s'imposer à la fin des années 1980. Cette mutation, idéologique, nous interpelle, d'une part, sur la capacité de l'État de droit à relever le défi pour maintenir les équilibres socio-économiques rompus par l'économie de marché, et d'autre part, sur sa capacité à intégrer la diversité culturelle et culturel et la lutte contre le terrorisme dans le respect des principes de l'État de droit et des valeurs démocratiques (III).

I. La proclamation constitutionnelle de l'État de droit garantie la limitation du pouvoir politique, la stabilité, la pérennité des pouvoirs publics constitués et la l'exercice des libertés fondamentales

Toute société organisée, tout État est régi par des règles de droit. Cependant, l'État de droit suppose que les règles qui le régissent obéissent aux principes fondamentaux de la démocratie. Celle-ci suppose qu'il ne peut y avoir de gouvernants que par le consentement des gouvernés et que la loi est l'expression de la volonté générale. En conséquence, la démocratie suppose que soient réunis la liberté, l'égalité et le respect de la légalité.

Après avoir présenté la définition de la notion de d'État droit (§.1.), nous examinerons comment le constitutionnalisme constitue un instrument de la limitation du pouvoir et un fondement de la stabilité des pouvoirs publics. Mais aussi et surtout, comment le juge garantit l'effectivité du constitutionnalisme. (§.2.).

§.1. Notion et définition de l'État de droit

L'État de droit se définit comme un système institutionnel dans lequel la puissance publique est soumise au droit. Cette doctrine empruntée à la jurisprudence allemande a été redéfinie au début du vingtième siècle par le juriste autrichien Hans Kelsen². L'État de droit se présente comme

2 La notion de hiérarchie des normes a d'abord été formulée par le théoricien du droit Hans Kelsen (1881-1973), auteur de la *Théorie pure du droit*, fondateur du positivisme juridique, qui tentait de fonder le droit sans faire appel à la morale et au jus-naturalisme, ceci afin d'élaborer une science véritable du droit (donc axiologiquement neutre, c'est-à-dire indépendante des présupposés subjectifs et des préjugés moraux de chacun). Selon Kelsen, toute norme juridique reçoit sa validité de sa conformité à une norme supérieure, formant ainsi un ordre hiérarchisé. Plus elles sont importantes, moins les normes sont nombreuses: la superposition des normes (circulaires, règlements, lois, Constitution) acquiert ainsi une forme pyramidale, ce qui explique pourquoi

« un État dans lequel les normes juridiques sont hiérarchisées de telle sorte que sa puissance s'en trouve limitée. Dans ce modèle, chaque règle tire sa validité de sa conformité aux règles supérieures. Un tel système suppose, par ailleurs, l'égalité des sujets de droit devant les normes juridiques et l'existence de juridictions indépendantes » et il ajoute « L'aménagement d'un ordre juridique hiérarchisé n'a en effet de sens que dans la mesure où il repose sur un ensemble de valeurs sans lesquelles il ne serait que formalisme vain ; et, à l'inverse, il est indispensable pour transcrire de manière tangible l'exigence de limitation de l'État de cristalliser la conception du droit dominante par un système de garanties appropriées »³.

Ainsi donc, l'État de droit implique que le pouvoir exécutif comme le pouvoir législatif sont soumis à un ensemble de règles, extérieures et supérieures, qui s'imposent à eux de manière contraignante. Ces règles les habilitent à agir et déterminent les moyens dont ils peuvent faire usage. L'administration ne peut rien imposer qui ne soit explicitement prévu par la loi, et les administrés peuvent invoquer, devant le juge, la loi pour obtenir l'annulation, la réformation ou la non application des actes administratifs qui les auraient enfreints, ainsi que la réparation des dommages qui en résultent. Il en va de même du pouvoir législatif, qui ne peut émettre de lois contraires à la Constitution.

Dans cette perspective, la notion d'État de droit a connu une évolution qui s'inscrit dans une problématique plus générale d'adaptation des régimes libéraux par la poussée des revendications populaires. Mais au-delà de ce socle de valeurs d'inspiration libérale, l'État de droit repose sur la croyance profondément ancrée dans les vertus de la dogmatique juridique.

cette théorie est appelée pyramide des normes. Cité in, BARILARI, André. *L'Etat de droit : réflexion sur les limites du juridisme*. L.G.D.J., 2000.

3 Mais, comme l'État de droit, mais à la différence du gouvernement despotique ou arbitraire, l'État de droit de police accorde aussi, une place prépondérante au droit. Cependant, ce droit est purement instrumental, sur lequel l'administration dispose d'une totale maîtrise, sans être tenue au respect de normes supérieures qui s'imposent à elle. Ce droit sert à l'administration à imposer des obligations aux administrés, sans être en retour une source de contraintes pour elle, le droit n'est que l'expression de « légitimation » de la toute puissance de l'administration. L'État de police est fondé sur le seul bon plaisir du Prince, il n'y a, ni véritable limite juridique à l'action du pouvoir, ni réelle protection des citoyens contre le pouvoir. Source : GAMBA, Laurent. *L'État de droit, la démocratie et le développement économique en Afrique subsaharienne*, pp. 65-66.
<http://www.collectionscanada.gc.ca/obj/s4/f2/dsk2/ftp02/NQ43483.pdf>

L'État de droit porte en lui une symbolique du pouvoir qui constitue un puissant vecteur de légitimation de son exercice. Ce qui signifie, qu'« *au même niveau que les autres citoyens* », le principe de constitutionnalité et de légalité montre que les gouvernants « *sont eux-mêmes susceptibles d'être gouvernés en tant que gouvernés* »⁴

En allant plus loin, la juridicisation intégrale qui est au cœur de l'État de droit entraîne au niveau symbolique l'effacement du phénomène de pouvoir, qui tend à se transformer en une compétence, entièrement liée et régie par le droit. L'État de droit, « *ce n'est pas le gouvernement des hommes, c'est le règne des normes. Le pouvoir n'est autre chose qu'exécution subordonnée, réalisation de ce qui doit-être selon les normes* »⁵ Cette conclusion montre évidemment que L'État de droit en garantissant l'alternance politique assure du même coup la stabilité des pouvoirs publics et l'exercice des libertés fondamentales.

§.2. L'État de droit garanti par l'alternance politique la stabilité des pouvoirs publics et l'exercice des libertés fondamentales

On retiendra ici, surtout pour exemple, la liberté politique, qui reste au fond la pierre de touche de tout débat sur le contenu et le sens du constitutionnalisme, de l'État de droit et la démocratie. Ce débat oppose les partisans de deux notions, « liberté-participation » et « liberté-opposition ». On vérifiera ensuite l'effectivité du constitutionnalisme à travers la sanction du juge.

4 AMSELEK, P., « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *Revue du droit public*, 1982.

5 LEISNER, W. *L'Etat de droit : une contradiction*. Mélanges Eisemann, Paris, Cujas, 1974, p. 66.

A. La liberté politique et l'alternance pacifique au pouvoir

Pour les partisans de la « liberté-participation », la condition nécessaire et suffisante de la liberté politique est la participation de tous à la prise des décisions politiques, la majorité exprimant, à l'occasion du vote, la volonté générale, la minorité participant à cette expression par le fait même qu'elle s'est exprimée.

Aussi, dès lors que le peuple se gouverne lui-même, il est libre. Quand la volonté générale s'exprime clairement, la liberté politique est garantie même pour ceux qui n'étaient pas de prime abord favorable à la décision prise. Cette conception, issue de la pensée de J. J. Rousseau, s'intègre parfaitement dans une interprétation unanimiste de la démocratie, jadis en vigueur dans les États socialistes et aujourd'hui encore, sous une autre forme, dans les républiques dites islamiques.

Pour les libéraux et leurs héritiers contemporains (partisans de la liberté-opposition), au contraire, la liberté politique se résume en une tolérance voir une protection de l'opposition. Cette dernière n'est pas effacée par l'émission de la volonté générale, bien au contraire, puisqu'elle l'a rendu parfaite.

C'est, en effet, du débat et du dialogue que naît la norme juridique et la décision politique la plus supportable, puisque négociée. Dès lors, il n'est plus question d'esquiver les conflits entre les groupes par quelque dogme que ce soit, mais bien au contraire de les reconnaître pour tenter de les modérer. L'opposition est conçue comme un élément fondamental du jeu politique, au point qu'on lui donne un véritable statut constitutionnel.

Partant du principe que l'idéal démocratique est une valeur universelle, la liberté politique ne peut dès lors être envisagée que dans une société démocratique, parce que le pouvoir y est ouvert à l'alternance et que le droit est le résultat d'un compromis entre les principes d'égalité, de liberté et la reconnaissance des particularités⁶.

⁶ En revanche, dans les régimes autoritaires, comme dans les États confessionnels, la liberté politique est rejetée ou travestie au nom des particularismes culturels et culturels. La liberté politique en pâtit parce que les détenteurs du pouvoir n'invoquent les particularismes identitaires que pour légitimer ou mieux asseoir leur pouvoir, écarter toute opposition et réprimer toute contestation.

En conclusion sur ce point, la soumission, des gouvernants aux principes constitutionnels, garantit la compétition pacifique au pouvoir et l'alternance, elle assure aussi la stabilité et la pérennité des institutions étatiques. Car, c'est par le débat démocratique, qui en opposant les points de vue, les rapproche en une volonté commune de vivre ensemble, en un même espace juridique constitutionnel, qui incite chaque citoyen sous le contrôle et la sanction de l'État de droit de se soumettre (au moins) aux mêmes lois provisoires démocratiquement votées.

Mais si, dans cette approche, on définit le constitutionnalisme comme la proclamation de l'État de droit et les constitutions démocratiques comme l'instrument de la division et de la limitation du pouvoir, se pose alors la question de l'effectivité de la limitation du pouvoir ainsi réalisée. En d'autres termes, à quoi sert de proclamer dans un texte, présenté comme suprême - la Constitution - la limitation du pouvoir si cette limitation n'est pas concrètement assurée ou, ce qui revient au même, si les édictions de la Constitution ne sont pas respectées ?

B. Le juge garantit l'effectivité du constitutionnalisme dans l'État de droit

J. J. Rousseau et les adeptes de l'absolutisme démocratique considéraient que l'équation « majorité = volonté générale = loi » exclut toute idée de limitation du pouvoir politique, interdit toute expression d'une opposition par nature anti-démocratique. Pour lui, la condition nécessaire et suffisante de la liberté réside dans le couple peuple-loi et dans la suprématie de la loi, expression directe et parfaite de la volonté générale.

Mais cette signification traditionnelle de la loi n'emporte pas l'unanimité de la doctrine. Déjà sous le « Protectorat » de Cromwell, les Anglais avaient admis le principe de règles constitutionnelles fondamentales ayant une valeur supérieure à la loi ordinaire (il s'agit de la célèbre « Instruction du Gouvernement »).

Ici encore, les constituants contemporains entrent dans les détails afin d'empêcher le pouvoir politique d'abuser de ses prérogatives. Ils tiennent compte des enseignements, de l'histoire, qui permettent de constater que faute de contrôle de constitutionnalité des lois et de la

légalité des actes administratifs, la puissance publique est en mesure de passer outre les interdits constitutionnels.

Le législateur national socialiste, à l'unanimité, avait retiré le droit le droit de vote aux juifs, aux tziganes et, accordé une totale confiance à un gouvernement totalitaire, dont les atteintes aux libertés, les plus élémentaires, ont été évidentes.

Sans attendre cette période, on a pu constater que les assemblées parlementaires alors qu'elles prétendaient légiférer pour l'éternité, sont sensibles à l'environnement idéologique, donc à la conjoncture. On constate alors, l'intégration progressive dans les constitutions elles-mêmes, des dispositions relatives aux libertés fondamentales qui dépassent le niveau des principes pour atteindre celui du régime juridique. Il est alors précisé dans quelles conditions, dans quelles circonstances et dans quelle mesure le législateur pourra y porter atteinte.

Le légalisme rousseauiste est mort, parce que l'expérience montre que l'institution parlementaire n'est pas toujours en mesure de protéger la liberté, parce qu'elle peut être mise en sommeil ou contaminée par les adversaires des libertés.

L'histoire explique pourquoi, chaque article relatif aux libertés fondamentales peut être interprété comme une « loi cadre » limitant la compétence du législateur dans l'édiction de mesures d'exceptions au principe constitutionnel posé.

Surtout on constate le développement du contrôle de la constitutionnalité des lois qui soumet le législateur à la norme fondamentale, que cette dernière intègre « *L'article 65 de la Constitution irlandaise de 1921 institue une Haute Cour qui aura le pouvoir d'apprécier la validité de toute loi au regard des dispositions de la Constitution* » (par voie d'exception et dès que cette exception est soulevée).

Cette protection juridictionnelle des droits fondamentaux trouve son origine, bien connue, dans le système des cours suprêmes à « l'américaine » qui permet à l'individu, poursuivi sur la base d'une loi, par lui considérée comme contraire à un droit constitutionnel, de demander au juge d'en écarter l'application.

Du Canada à l'Argentine, le mimétisme constitutionnel a développé ce type d'institution dont l'efficacité est, certes, liée aux aléas de la conjoncture politique, mais qui ne constitue pas un pur et simple « rempart de papier ».

Rappelons que la « *dictablanca*⁷ », des généraux argentins des années 1965-1970, pouvait se résumer ainsi : interdiction des partis politiques et des élections, dissolution du Parlement, délégation du pouvoir législatif entre les mains du « général chef de l'État ». Mais pendant toute, cette période la Cour suprême argentine, naturellement maintenue en fonction, a veillé avec un soin minutieux à ce que cette législation déléguée n'aboutisse pas à l'instauration d'une véritable « dictature » et l'on pouvait à son propos parler d'un « contre-gouvernement des juges ».

Peut-on utiliser les mêmes termes à propos des Cours constitutionnelles dont l'action se développe en Europe : République fédérale d'Allemagne, Autriche, Italie, Espagne, depuis la seconde guerre mondiale ?

On constate, tout d'abord, qu'il ne s'agit pas de Cours suprêmes à l'imitation du modèle américain, puisqu'elles ne se présentent pas organiquement comme la plus haute juridiction de l'État placée au sommet de la pyramide juridictionnelle, mais comme une institution constituée spécialement pour connaître des litiges constitutionnels et indépendante du système juridictionnel ordinaire.

En Allemagne, en Autriche et en Espagne, ces Cours admettent le recours direct des individus pour violation de leurs droits fondamentaux. Toutes ont établi un système de renvoi préjudiciel par les tribunaux ordinaires de toute question d'inconstitutionnalité d'une loi à la Cour constitutionnelle.

On constate alors que la précision des normes constitutionnelles de référence, la présence de longues chartes des droits fondamentaux au sein même des Constitutions, renforcent le verrou que les Cours constitutionnelles peuvent placer, sur la porte qui protège les libertés fondamentales, contre un législateur maladroit dans sa fonction d'arbitrage entre droits collectifs et libertés individuelles, entre raison d'État et droits de l'homme. Pour autant, la méfiance à l'égard des autorités administratives ne disparaît pas, bien au contraire, le principe de la légalité des actes administratifs avec son corollaire, le principe de responsabilité de la puissance publique, apparaît un peu partout « *L'administration publique tout entière ne peut être exercée que sur la base des lois et des principes constitutionnels*⁸»..

7 dictature blanche

8 Lorsqu'une intervention administrative porte atteinte à une liberté publique, sa compétence est toujours liée, elle ne comporte jamais de pouvoir discrétionnaire (C.E. 19 mai 1933, Benjamin, Dalloz, 1933, III. p. 54).

Le législateur est bridé par le principe de hiérarchie des normes juridiques, qui place la Constitution au sommet de la pyramide. Les libertés fondamentales sont inscrites dans des textes ayant une valeur supérieure à la loi ordinaire, qui ne peut les toucher.

Tel est le sens des neuf premiers amendements ajoutés en 1791 à la Constitution fédérale des États-Unis (cf. le premier d'entre eux : « *Le Congrès ne pourra faire aucune loi concernant l'établissement d'une religion ou interdisant son libre exercice restreignant la liberté de la parole ou de la presse ou touchant au droit des citoyens de s'assembler paisiblement et d'adresser des pétitions au Gouvernement pour le redressement de leurs griefs* »).

La méfiance américaine vis-à-vis du législateur est inspirée par l'idée selon laquelle « *le législateur n'a pas pour mission de définir lui-même le contenu des libertés publiques, qui s'imposent à lui en tant que telles comme elles s'imposent à tous les pouvoirs publics constitués* ». Autrement dit, la loi ne crée pas la liberté, elle est soumise à la liberté.

À partir de cette idée simple, la jurisprudence a pu, au cas par cas, arbitrer entre les droits de l'État-législateur et les droits de « *l'Homo americanus* », par la mise en place de verrous destinés à redresser les maladresses éventuelles du législateur parlementaire. Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois est plus communément utilisé à la suite de l'intrusion de la Cour suprême des États-Unis dans le jeu politique à l'initiative du Chief Marshall⁹.

C'est ainsi que la liberté de religion ne connaît qu'une seule limite : la mise en danger de la santé des individus. Dès lors, un enfant ne peut être contraint à saluer l'emblème national lorsque ce geste porte atteinte aux croyances de ses parents. Mais ces derniers peuvent être contraints à accepter qu'une transfusion sanguine indispensable soit administrée à leur fils¹⁰.

En matière de liberté d'expression, il a été jugé qu'un étudiant ne pouvait être sanctionné pour avoir porté un brassard noir afin de protester contre la guerre au Vietnam¹¹. Le 30 Juin 1971, la Cour suprême a

9 1803, *Marbury v. Madison* 1. Cranch. 137

10 HOLDER, Angela Roddey. *The Meaning of the Constitution*, New-Work: Barron's Educational Series, 1974, p. 54

11 *Tinker v. Des Moines School District*, 393 US 503, 1969.

considéré que la publication éventuelle de documents secrets du Pentagone par des journaux ne pouvait être préventivement interdite¹².

On notera incidemment que la France, qui a inspiré les États étrangers de dispositions relatives au contrôle de l'égalité des actes administratifs, est restée rebelle au contrôle de constitutionnalité de la loi ; les péripéties qui ont marqué la réforme constitutionnelle de 1974 en sont une preuve évidente. Par crainte du gouvernement des juges, la classe politique avait refusé que le Conseil puisse se saisir lui-même en vue du contrôle de constitutionnalité de lois portant atteinte aux libertés.

Mais le Conseil constitutionnel avait déjà affirmé son rôle de contrôle à partir de sa décision sur la liberté d'association en 1971 dans laquelle il opère un contrôle de constitutionnalité de la loi, non pas seulement par rapport au texte de la Constitution, mais par rapport à un ensemble de principes appelés « bloc de constitutionnalité »¹³.

La réforme constitutionnelle de 1974 initiée par Valéry Giscard d'Estaing a renforcé son rôle. Elle permet sa saisine par un collège de 60 députés ou 60 sénateurs. Le contrôle de constitutionnalité s'ouvre alors à l'opposition, ce qui entraîne une explosion des saisines, donc un meilleur contrôle de la constitutionnalité des lois. Ces évolutions constituent une transition du légicentrisme vers le constitutionnalisme.

Pour le Conseil constitutionnel français, l'égalité devant la loi ne se mesure pas dans l'absolu mais implique la prise en considération de situations semblables ; « *les règles législatives ne doivent pas nécessairement être identiques pour tous, car l'égalité n'est pas l'uniformité. Bien plus, elle n'empêche pas toute discrimination « pourvu qu'elles ne soient ni injustifiées ni arbitraire* »¹⁴

Aussi dans sa décision sur la Nouvelle-Calédonie du 23 août 1985, il considère que « *la loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la constitution*¹⁵ ». Cette jurisprudence modifie la définition de la loi

12 The New-York Times C° United States et United States v. The Washington post C° 403 US 1971

13 En matière de décentralisation (Liberté et autonomie locale).

14 Cf. F. Miclo, « *Le principe d'égalité et la constitutionnalité des lois* », *A.J.D.A.*, 1982, p. 115 et p. 243.).

15 « *Considérant donc que la procédure législative utilisée pour mettre en conformité avec la Constitution la disposition déclarée non conforme à celle-ci par le Conseil constitutionnel a fait de l'article 23 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique une application ne méconnaissant en rien les règles de l'article 10 de la Constitution et*

en France, qui n'est plus seulement élaborée par le gouvernement et le parlement, mais aussi par la Conseil constitutionnel.

Mais si avant 2008, une loi inconstitutionnelle était malgré tout promulguée, les juges n'étaient pas compétents pour apprécier sa conformité avec la Constitution. Cette jurisprudence est largement remise en cause par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008¹⁶ qui a introduit la question prioritaire de constitutionnalité, qui permet désormais un contrôle par voie d'exception. Cette loi a donné lieu à des décisions, notamment celle du 30 juillet 2010, concernant la garde à vue, où le Conseil constitutionnel déclare non conforme un article du code de procédure pénale qui prévoit que l'avocat n'intervient pas dès le début de la garde à vue. L'effet de cette décision est direct.

En conclusion, le contrôle de constitutionnalité donne au juge un rôle de « coauteur » de la loi : il serait une sorte de « troisième chambre ». Cette nouvelle donne a pu amener certains critiques à parler d'un « gouvernement des juges » qui contredirait la souveraineté nationale incarnée par les élus du peuple. Ils estiment qu'un gouvernement des juges, donnent à ces derniers un pouvoir d'interprétation trop grand, en ce que les juges n'appliquent pas la Constitution et encore moins la volonté du constituant, ils créent le droit constitutionnel.

Cette critique est rejetée par les partisans du contrôle. Le juge constitutionnel aurait pour fonction de sanctionner une incompétence du législateur intervenu dans le domaine du pouvoir constituant. Comme le relevait, déjà, Hans Kelsen¹⁷, « *le juge constitutionnel est par principe un « législateur négatif » dans la mesure où le pouvoir de créer la loi qui*

a répondu aux exigences du contrôle de constitutionnalité dont l'un des buts est de permettre à la loi votée, qui n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution, d'être sans retard amendée à cette fin » ; Source : Article 27 du Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie / Décision n° 85-197 DC du 23 août 1985 (voir les grandes décisions du Conseil Constitutionnelle DALLOZ)

16 En effet, le nouvel article 61-1 de la Constitution dispose « *Lorsqu'à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé.* La loi organique du 10 décembre 2009 (entrée en vigueur le 1^{er} mars 2010) est venue préciser les conditions de mise en œuvre de la question prioritaire de constitutionnalité.

17 dans ses travaux de 1928 sur la garantie juridictionnelle de la Constitution, *Revue de droit public* de 1928

appartient au législateur fait complètement défaut au juge constitutionnel qui se borne à annuler l'incompétence du législateur dans le domaine du pouvoir constituant ».

Cette thèse s'inscrit dans la ligne de la jurisprudence du Conseil constitutionnel français qui dans plusieurs de ses décisions a toujours affirmé qu'il «*ne détenait pas un pouvoir d'appréciation identique à celui du Parlement*¹⁸».

L'État de droit présente donc bien, dans les sociétés contemporaines, la force mais aussi les limites d'un véritable *mythe*. Concept fondateur du droit public moderne, l'État de droit traduit aussi une certaine vision de la *stabilité* des rapports entre l'homme et la société étatique. Cette vision du pouvoir, lentement construite au fil de l'histoire de l'Occident et qui apparaît comme inhérente à la conception libérale de l'organisation politique, donne à voir un pouvoir limité, parce qu'assujéti à des règles consenties par le corps social. Ce qui implique que les gouvernants ne sont pas au-dessus des lois, mais exerce une fonction sous le contrôle du juge, dans un cadre prédéfini par le droit.

Soumis au droit par la volonté populaire, l'État de droit doit répondre aux revendications sociales, il en va de sa légitimité et sa stabilité. Cette seconde fonction lui assigne une mission d'intervention, sur le plan économique et social, par un arbitrage entre des groupes d'intérêts souvent divergents, pour maintenir la stabilité, la paix, et la cohésion sociale.

II. L'État de droit assure un arbitrage pour maintenir la stabilité, la paix et la cohésion sociale

Cette fonction d'arbitrage de l'État de droit est apparue quand on a senti que les individus, dans toute société, sont en bute à un à un ensemble de forces organisées qui défendent des intérêts particuliers, constituent de véritables « pouvoir ». Entre ces forces, l'État intervient à titre de médiateur, imposant des limitations à l'activité de certains groupes, luttant

18 C. const : décision du 16 nov. 1962 ; 15 janvier 1975.

contre les monopoles ou les trusts et ceci même aux États Unis, ou bien en fournissant aux individus des prestations de services pour réduire les inégalités et assurer une stabilité sociale.

Dans les États occidentaux, la consécration de l'État de droit et de la démocratie ont été le fruit d'une addition de couches successives. Si l'ensemble des sociétés occidentales reste attachée à l'idéologie libérale du VIII^{ème} siècle qui n'a guère perdu de son actualité, on relève qu'une seconde couche s'est déposée sur la première, à partir du milieu du XIX^e siècle, inégalement selon les États, mais plus fortement en Europe qu'aux États Unis.

En se situant sur le seul terrain des croyances sociales, il apparaît que c'est à partir de 1848 que la transformation des idées apparaît manifestement, puis qu'il s'agit, selon la formule de Jean-Jacques Chevallier, de « *la dernière des révolutions de la liberté et de la première révolution sociale* ».

Cette crise qui touche toute l'Europe occidentale provoque alors une convergence de revendications en direction de l'État à qui on demande d'intervenir, d'arbitrer, pour ranimer la production (point de vue des patrons), pour humaniser la condition des travailleurs (point de vue des travailleurs). Rappelons que depuis la fin du XVIII^e siècle, l'économie s'était considérablement transformée, l'industrialisation se réalisait assez rapidement, cet essor du capitalisme industriel provoque, une mutation sociale très profonde, dont un des traits essentiels est la prolétarianisation d'une classe ouvrière et paysanne déracinée dont les conditions de vie sont véritablement difficiles.

Cette mutation dans les revendications sociales a engendré une mutation de la fonction de l'État au XIX^{ème} et qui se manifeste en droit positif par deux vagues successives, l'une au lendemain de la première guerre mondiale, l'autre avec éclat, dans les Déclarations des droits et les Constitutions postérieures à la seconde guerre mondiale.

§.1 L'État de droit crée un minimum de conditions nécessaires pour assurer à l'individu son indépendance sociale

La première vague qui déferle au lendemain de la première guerre mondiale, concerne les États d'Europe qui rompent avec la monarchie parlementaire dualiste. Si tous se donnent des Constitutions libérales (la Russie étant mise à part par les raisons que l'on sait)¹⁹, les Déclarations des droits reflètent des préoccupations nouvelles, à caractère paternaliste quand il n'est pas plus nettement social voire socialiste.

Boris Mirkrine-Guetzévitch constate, que ces textes expriment des conceptions nouvelles à caractère social, essentiellement parce qu'ils exprimaient la crainte des catégories dirigeantes d'être « tournées sur leur gauche » par des partis des ouvriers attirés par le modèle soviétique. « *Si nous examinons les origines de la Constitution allemande, nous voyons que c'est la social-démocratie allemande qui a protégé la république contre les assauts du bolchevisme. Les socialistes furent les défenseurs du régime démocratique naissant, et ce fait n'a pas été sans laisser de traces dans le texte de la Constitution ; l'idéologie socialiste ne pouvait pas se contenter du parlementarisme occidental et de la démocratie formelle de l'Occident* »²⁰. Et l'auteur ajoute que « *la force de la question sociale a contraint certains constituants, en dehors même de la pression des partis socialistes, à limiter le droit de propriété et à donner une définition très large des droits sociaux de l'homme et que plus aucun parti politique ne peut plus ignorer la question sociale* ».

Au XX^e siècle, le sens social du droit, n'est plus une doctrine, n'est plus une école juridique, c'est la vie elle-même. Aussi, n'est-il plus possible de distinguer entre l'individu politique et l'individu social ; nous assistons à la transformation de la théorie générale de l'État et de la fonction de l'État, mais aussi de la doctrine des droits individuels. L'État

19 Exception rare, la loi fondamentale de l'Empire Russe de 1906 propose un « hallucinogène constitutionnel » selon la savoureuse formule d'Ivo Duchacek ; article 4 : « *L'Empereur de toutes les Russies détient le pouvoir suprême autocratique. Obéir à son autorité, non seulement, par la peur mais aussi pour le salut de son âme est ordonné par Dieu lui même* ».

20 *Les Constitutions de l'Europe Nouvelle*. Paris:Delagrave, 1928, p. 36 et s.

ne peut plus se borner à reconnaître l'indépendance juridique de l'individu, il doit créer un minimum de conditions nécessaires pour assurer son indépendance sociale.

Les origines idéologiques des textes du XX^{ème} siècle s'inscrivent dans la conception solidariste de la fonction sociale, telle qu'elle a été exprimée par la « filière », A. Comte, E. Durkheim et Léon Duguit²¹. Dans cette conception, l'idée de droit fondée sur les droits naturels disparaît au profit de la notion de devoir fondée sur la fonction sociale.

Si l'on s'en tient aux textes constitutionnels et plus particulièrement à l'Europe, on est tenté de retenir les années 1920 marquées par la montée de la pensée socialiste depuis le début du siècle et la percée politique des partis qui s'en inspirent à cet instant. Mais le socialisme s'est exprimé avant la naissance des partis sociaux démocrates et ses fondateurs sont des hommes de la seconde moitié du XIX^e siècle.

En effet, par souci d'intégration du prolétariat ouvrier, la classe dominante (la bourgeoisie) des années 1850 eut recours à des méthodes de type paternaliste mettant l'accent sur les droits et aussi les devoirs de l'individu dans la société préindustrielle d'économie capitaliste.

Exemplaire, l'article 153 de la Constitution de Weimar : « *La propriété entraîne des obligations. L'usage doit en être également dans l'intérêt général* ». Et surtout l'article 26 de la Constitution yougoslave de 1921 : « *Dans l'intérêt de la Communauté et conformément aux lois l'État a le droit et le devoir d'intervenir dans les rapports économiques entre citoyens dans un esprit de justice et pour écarter les conflits sociaux* ».

Typique est le premier alinéa du Préambule de la Constitution française du 4 novembre 1848, qui utilise un terme nouveau qui remplace celui, individualiste, de « bonheur » « bien être », qui a été repris depuis dans la société occidentale (*social welfare*) comme justification d'une intervention limitée de l'État dans les rapports socio-économiques.

Cette recherche du bien-être social, cette quête de la qualité de la vie implique alors une mutation des rapports entre les individus et la puissance publique. A cette dernière, on demande désormais, par la loi ou par son arbitrage, ce qui revient au même, de réaliser l'égalité

21 COMTE, A. *Système de politique positive*, ED. 1899., DURKEIM, E. *De la division du travail social*. 1891, DUGUIT, L. *Traité de droit constitutionnel*. 1911., et surtout *Souveraineté et liberté*, Paris : Librairie Félix Alcan, 1922 (Leçons données en 1920 à l'Université de Columbia ».

entre les individus dont on a constaté qu'elle n'est pas naturelle, ou, au moins qu'elle est trop fragile pour être abandonnée à l'ordre naturel des choses. Perçue plus aisément par l'intermédiaire des groupes sociaux, cette quête de l'égalité ajoute, aux droits individuels, les droits sociaux. Les libertés demeurent alors des facultés de faire, mais sont aussi conçues comme des droits d'exiger de la puissance publique de leur donner un contenu effectif. Autrement dit on est passé d'une conception où les libertés s'exerce contre l'État à une conception où les libertés s'exerce grâce à l'État.

§. 2. L'État de droit assure un arbitrage entre les forces économiques et sociales

La seconde vague déferle au lendemain du second conflit mondial et plus précisément à la mise en place du « Rideau de fer ». Si nous demeurons à l'Ouest, il apparaît alors que les préoccupations précédentes sont encore renforcées, ne serait-ce que parce que l'idéologie marxiste-léniniste était assez volontiers reçue en France, en Italie, en Belgique wallonne après 1945. Les nouvelles constitutions affirment les droits sociaux qui sont considérés partout comme indispensables à la réalisation pratique de la liberté, de l'égalité et la stabilité sociale. Une preuve, en 1947, les Suisses insèrent des articles économiques dans la vieille constitution libérale de 1874.

Il est possible, dans cette perspective, de constater une véritable « socialisation » des libertés, dont le statut devient véritablement positif. On trouve un indice dans la comparaison entre les textes, les articles 39 et 41 de la Constitution indienne de 1949 font « *obligation à l'État de redistribuer le revenu national et de garantir les droits au travail, à l'éducation, à l'assistance* ».

Pour mieux le percevoir, il suffit de prendre quelques textes constitutionnels de la fin des années 1940 ; Italie, 1947 : « *La propriété privée est reconnue et garantie par la loi qui en détermine les modalités d'acquisition, de jouissance, ainsi que les limites, afin d'assurer sa fonction sociale* »

(art. 42). Allemagne Fédérale, 1949 : « *La propriété oblige. L'usage de la propriété doit contribuer en même temps au bien de la collectivité* » (art. 14). *Une loi peut, aux fins de socialisation, faire passer le sol et les terres, les ressources naturelles et les moyens de production sous un régime de propriété collective* » (art15).

Pour saisir à quel point les croyances sociales de l'Europe occidentale ont pu évoluer, en plus de deux siècles, en dehors de toutes considérations politiques, il suffit de rappeler un texte peu connu, le projet de Constitution du Maréchal Pétain, rédigé par, les idéologues de Vichy, peu suspect « d'ouverture à gauche ». Il traite du droit de propriété dans des termes que les révolutionnaires de 1789 n'auraient pas compris : « *Acquise par le travail et maintenu par l'épargne familiale, la propriété est un droit inviolable, justifié par la fonction sociale qu'elle confère à son détenteur ; nul ne peut en être privé que pour cause d'utilité publique et sous condition d'une juste indemnité* » (art4). Cet article résume du même coup les caractères fondamentaux des textes contemporains, leur relativisme et leur solidarisme.

On peut penser que ces textes émanent d'une Europe occidentale contaminée par la sociale démocratie ; il n'en est rien, puisqu'on retrouve des termes identiques dans le droit politique américain contemporain : la Constitution argentine, péroniste de 1949 consacre un chapitre entier à la définition du régime juridique du droit de propriété, posant dans son article 39 : « *Le capital doit-être au service du droit de l'économie nationale et avoir pour principal objet le bien-être* »

Partout, on retrouve les mêmes idées : un droit que l'on considérerait comme absolu est envisagé d'un point de vue, peut-être limitée, parce que la fin que l'État poursuit n'est plus d'ordre individuel, mais d'ordre social. Et cette constatation peut-être prolongée pour un grand nombre de libertés.

Plutôt que le terme solidariste, on aurait pu utiliser les mots caractère « social », puisqu'il ne s'agit pas de socialisme au sens plein du terme, mais d'un ensemble de préoccupations qui gravitent autour de deux volontés essentielles :

A. Intégrer l'individu dans son milieu social, c'est à dire ne plus considérer comme au XVIII^e siècle, que les hommes peuvent être, et sont

naturellement isolés les uns des autres, mais au contraire qu'ils sont tous intégrés dans des groupes, variables selon les heures de la journée qui créent autant de solidarités particulières dans le cadre des relations de travail, familiales, culturelles.

Ce sont les droits et les libertés reconnus au groupe social qui permettent à l'homme d'en jouir. Isolé, il les ignorerait et ne pourrait les invoquer. On songe, par exemple, aux statuts du travailleur, qui n'existe que parce qu'il résulte de la confrontation de deux groupes, et que la négociation entre les deux classes sous l'arbitrage de l'État permet de faciliter la promotion de telle ou telle catégorie sociale. En contrepartie de cette intégration apparaissent plus nettement qu'auparavant les devoirs de l'individu à qui l'État de droit impose certaines règles de conduite destinées à faciliter l'homogénéité et la stabilité du milieu social.

B. Assortir les droits sociaux du pouvoir d'exiger, c'est-à-dire que les droits fondamentaux acquièrent un statut positif en ce que leurs titulaires sont mis en mesure d'exiger de la puissance publique la fourniture de certaines prestations. Le postulat de l'égalité, sur lequel reposent les doctrines du droit naturel et du contrat social ne résiste plus à l'analyse. Certes, on peut admettre le principe d'égalité sur le plan juridique, encore faut-il, pour que le contrat soit parfait, veiller à sa réalité, le cas échéant, en créant les conditions économiques matérielles de l'égalité.

La fourniture de prestations par la puissance publique aboutit très largement à une transformation du droit, par la création d'une prolifération de services publics, de soutien à l'investissement des entreprises pour la création d'emplois, la formation professionnelle et à tous les organismes para-publics de sécurité sociale, ou la fonctionnarisation de la médecine comme en Grande-Bretagne ou au Canada.

Plus encore, l'État prend en main l'organisation économique et sociale en générale, imposant à certains groupes d'agir ou de s'abstenir d'agir, salaire minimum, droit à la retraite, au loisir, organisation de la concertation, de la participation des travailleurs à la gestion des entreprises et aux fruits de l'expansion.

L'objectif de limitation de la puissance de l'État qui était au cœur du libéralisme traditionnel a fait place à la représentation d'un État investi

de la mission de satisfaire les besoins de tous ordres à des individus et des groupes.

Ces droits nouveaux, supposent, pour leur réalisation, la médiation étatique et leur caractère indéfiniment extensible, justifie l'extension illimitée des interventions de l'État dans la vie économique et sociale.

Les « droits sociaux » qu'énumèrent le Préambule de la Constitutions française de 1946 et qui s'intègre dans le droit interne, et l'adhésion à l'« État social » que proclament l'article 20 de la loi fondamentale de République fédérale d'Allemagne de 1949 et les Constitutions adoptées en Europe après 1945 entérinent cette vision nouvelle, dont l'importance ne saurait être sous-estimée.

Il ne s'agit plus seulement d'un élargissement de la liste des droits de l'homme, mais bien d'une conception nouvelle et radicalement différente de ces droits, qui recouvrent une transformation de la relation entre l'individu et l'État ; aussi est-ce bien le socle de l'État de droit qui se trouve transformé.

Car, le principe démocratique, loin de contribuer à freiner l'expansion étatique, va lui servir de puissant moteur. Autrement dit, c'est à la faveur de l'exercice des libertés fondamentales, des libertés politiques et sous la pression des électeurs que vont être consacrés les droits de la Nation, en permettant de développer la sphère des consommations collectives.

En définitive, l'État va se voir se lever des barrières qui entravaient son emprise. Il n'y a plus, au stade de l'État interventionniste « providence », « d'espace privé » sauvegardé, de « société civile » préservée de ses ingérences. L'État est amené à s'immiscer dans les rapports sociaux de toute nature, sans se laisser arrêter par le principe de la liberté du commerce et de l'industrie.

Investi d'une fonction de régulation sociale globale, l'État devient insensiblement le tuteur de la société, c'est à dire, à la fois le garant du développement collectif et le protecteur de chacun.

Et s'il a tenté de contenir les revendications sociales dû à la poussée démocratique, l'État de droit allait être débordé par elle. En effet, « *le passage tout à la fois d'une démocratie gouvernée à une démocratie gouvernante* », dans laquelle le peuple ne se repose plus sur ses représentants mais entend intervenir directement dans la vie politique, et le passage d'une « démocratie politique » à une

« démocratie sociale » dans laquelle les droits sont conçus comme des exigences et qui privilégie l'idée d'égalité, met en évidence le paradoxe de l'État de droit « *s'abstenir d'intervenir pour respecter le principe libéral ou intervenir pour réaliser l'égalité sociale* »²².

C'est ce paradoxe qui a suscité la montée d'un fort courant de pensée libérale au cours des années 1970 à la fin des années 1980. Cette résurgence de l'idéologie libérale relance la controverse sur le rôle et la fonction de l'État, mais aussi et surtout à sa capacité de relever les défis qu'engendre une économie de marché mondialisée pour maintenir les équilibres sociaux-économiques et à sa capacité à intégrer de la diversité culturelle et culturelle.

III. L'État de droit face aux défis de : l'économie de marché, l'intégration de la diversité culturelle et culturelle, la lutte contre le terrorisme, pour maintenir la cohésion sociale

L'État de droit a connu depuis la fin des années 1980 une véritable mutation, dont les conséquences peuvent se résumer en deux défis. Un premier défi, dont l'origine idéologique libérale et d'économie de marché, risque de remettre en cause les acquis sociaux et menacer la stabilité sociale (§.1). Le second défi est celui de l'intégration de la diversité culturelle et culturelle et la lutte contre le terrorisme dans le respect du droit (§.2).

²² Ce paradoxe traduit un profond infléchissement de la logique démocratique. (BUR-DEAU, G. *La démocratie*, (écrit en 1956), Seuil-Politique, 1966.),

§.1. Les risques de remise en cause des acquis sociaux et la stabilité sociale

Depuis la fin des années 1980, l'État de droit semble avoir quitté la sphère juridique dogmatique, d'où l'embarras des juristes face au discrédit de l'État solidariste (A), en se transformant en figure imposée du discours politique, qui annonce la fin de la démocratie solidariste (B).

A. L'embarras des juristes face au discrédit de l'État solidariste

A partir de la seconde moitié des années 1970, l'État de droit devient d'usage courant en Europe, les nouvelles constitutions du Portugal (art.2 de la Constitution de 1996) et de l'Espagne (art. 1 de la Constitution de 1976) utilisent l'État de droit comme marqueur de changement, en liant le terme à la démocratie et au respect des droits fondamentaux, et surtout, l'État de droit va apparaître comme un principe fondateur de la construction européenne²³.

Mais, la doctrine juridique a perdu le monopole du savoir légitime sur l'État de droit. Elle doit tenir compte des nouvelles significations apparues en dehors du champ juridique et qui s'inscrivent parmi les schèmes idéologiques, selon lesquels l'État de droit est indissociable de la crise de l'État providence.

A la faveur de cette redécouverte, il y a l'exaltation des lois du marché perçu comme le moyen le plus efficace, le plus rationnel, et le plus juste pour l'harmonisation des comportements et de valorisation de la société civile considérée comme le facteur privilégié de créativité et d'innovation. Il y a aussi l'apologie des droits individuels l'individu au détriment des droits des groupes et la critique du processus,

²³ La cour européenne des droits de l'homme se réfère à partir de l'arrêt *Colder* (21 février 1975) au principe de « prééminence du droit ». L'évolution sera parachevée par le traité d'Amsterdam (2 octobre 1977, qui affirme solennellement que « l'Union est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que l'État de droit, principes qui sont communs aux États membres » (art. 6 § 1).

uniformisation, infantilisation, et d'assistanat de la société, engendré par le développement de l'État providence.

Cette résurgence est le résultat de processus d'activation internes, qui varie selon les pays ; mais au-delà des particularismes nationaux, c'est une vague de fond qui se dessine en Europe. L'État de droit était devenu pour les juristes une simple référence.

En effet, depuis les années 1980, on assiste au désenclavement du thème de l'État de droit, illustré par la production d'une littérature extérieure au champ juridique. Les philosophes ont joué un rôle fondamental dans la critique l'État, qui se développe depuis le milieu des années 1970, en prenant conscience de l'importance des garanties juridiques dans l'organisation politique. Pour eux le règne du droit devient un moyen de limitation de la toute puissance étatique. Pour eux, l'État doit se soumettre à la loi, organiser la société dans un cadre juridique et protéger les droits individuels.

Les nouveaux philosophes prônent le « droit contre l'État ». On retrouve cette idée chez Soljénitsyne, critiquant radicalement le totalitarisme, il estime qu'il faut s'opposer partout à l'extension de l'emprise étatique au nom des « droits de l'homme », et cette résistance à l'État est aussi une lutte contre la « barbarie »²⁴, qui menace les sociétés contemporaines.

Mais si, les écrits des nouveaux philosophes paraissent teinté d'anti-juridisme, en ce que le droit est perçu comme un vecteur de domination étatique, ils vont très vite réhabiliter celui-ci en en faisant un instrument privilégié de défense et protection des libertés individuelles, qui vise à endiguer le totalitarisme. En somme, ils reviennent à la conception d'un État lié par le droit²⁵.

Quant aux néo-libéraux, ils prônent le droit sans État, cette conception, avancée par V. Valentin, dans son ouvrage *Les conceptions néo-libérales du droit* (Economica, 2000) s'appuie sur la thèse de F.A. Hayek²⁶, pour qui, « *Le marché est non seulement plus efficace que n'importe quelle organisation, mais aussi et surtout la garantie même de la liberté, la supériorité du marché réside dans le fait qu'il échappe à la volonté humaine, à l'arbitraire d'une instance supérieure (ordre hétéronome) et n'obéit à*

24 LEVY, Bernard-Henry. *Barbarie à visage humain*. Paris:Grasset, 1977

25 LEVY, B. H. *Le testament de Dieu*, Paris:Grasset, 1979.

26 *Droit, législation et liberté*, tome 2, 1976, P.U.F, 1981

aucune hiérarchie socialement déterminée de buts. L'ordre du marché est un ordre spontané, qui est engendré par l'ajustement mutuel des actions individuelles ». Il ajoute que « *cet ordre de marché implique certes l'existence d'une « armature permanente de lois* », c'est-à-dire des normes *a priori* permanentes, générales et impersonnelles dans lesquelles les ressources existantes peuvent être exploitées.

Cet ordre vise aussi à exclure par essence toute législation visant, à mettre en pratique un idéal de justice distributive et *a fortiori* toute mesure d'intervention ou de réglementation destinée à atteindre certains résultats particuliers.

Une telle intervention est considérée comme injuste, puis qu'elle assure à certains des avantages au dépend des autres, et elle perturbe l'ordre global en empêchant l'ajustement des intérêts. Et il conclut, le droit de la liberté est enraciné dans la nature des choses et non le produit de l'arbitraire des hommes, le vrai droit prend sa source en dehors de l'État et constitue dès lors une limite à sa puissance.

Repris par les philosophes et les économistes dans le cadre d'enjeux sans référence à la problématique juridique, le thème de l'État de droit va passer dans le champ politique, en devenant un moyen de légitimation du pouvoir et un élément du discours politique. Ce retour à la conception individualiste annonce la crise de l'État providence et de la démocratie solidariste.

B. L'État de droit dans le discours politique annonce la fin de la démocratie solidariste

Le thème de l'État de droit va s'inscrire dans un débat politique interactif entre des acteurs qui parfois s'opposent, et parfois s'accordent. Le thème de l'État de droit se consolide, mais se complexifie aussi, de nouvelles significations, se transformant en argument idéologique.

La résurgence de la doctrine libérale, revendiquant haut et fort un « moindre d'État », préconisée par M. Thatcher et R. Reagan à la fin des années 1980 s'inscrit dans la logique d'une mondialisation de l'économie de marché et en conséquence une mondialisation du nouveau concept de l'État.

Né d'un concept juridique, forgé par des générations de juristes, il s'est brusquement trouvé étalé sur la place publique, investi de fonctions et de significations nouvelles dans laquelle le droit n'est plus conçu comme des exigences qui privilégie l'idée d'égalité.

Intimement lié au modèle d'organisation politique marqué par l'empreinte de l'idéologie libérale du XVIII^e siècle, il s'est trouvé propulsé et transplanté comme le seul modèle qui s'impose à tous les États de la planète. Devenu l'objet d'une pensée unique dans le discours politique sa mondialisation se transforme aussi en enjeu de pouvoir financier, tant sur le plan interne qu'international.

Corrélativement, suite à l'implosion de l'empire soviétique, à la chute du mur de Berlin, la référence à l'État de droit va apparaître dans les pays de l'Est et du Sud, comme un signal de changement. La référence à l'État de droit aura pour fonction de témoigner symboliquement de la fin du totalitarisme et de l'autoritarisme, mais elle montre aussi que le modèle libéral et l'économie de marché tendent à s'imposer désormais comme les seules à pouvoir résoudre les problèmes de croissance et d'emplois. C'est deux impératifs cumulés sont devenus le label nécessaire de crédibilité sur la scène politique internationale et des instances financières internationales. Mais, cette idéologie du moindre État a engendré des crises sociales.

Cette pensée « unique » s'est traduite à l'échelle planétaire par des politiques contraignantes d'ajustement structurel pour rembourser les dettes, de libre échanges, de dérèglementation du marché, de privatisations d'entreprises publiques, de réduction des services publics, de licenciement massif et surtout de normes et de standards internationaux qui s'imposent aux États.

Des mouvements de contestations, contre le retour d'un libéralisme à outrance et ses effets néfastes sur le plan social, ont été soulignés par les altermondialistes, en Espagne par le parti *Podémos*, en Grèce avec *Syriza* : accroissement du chômage, perte de pouvoir d'achat, paupérisation de populations même dans les pays riches, pertes de nombreux droits sociaux, en France réforme du code du travail a soulevé une vague de grève et de protestation. La suprématie de l'idéologie libérale et de l'économie de marché rendent confus le rôle de l'État et mettent en péril la stabilité et la cohésion sociale qui suppose le soutien de l'État aux catégories les plus défavorisées. De plus en plus, on se plaint des services publics qui assurent des prestations jugées insuffisantes.

On est de nouveau au XXI^{ème} confronté au paradoxe fondamental de l'État libéral : ses partisans exigent une limitation de ses attributions, donc de son emprise, mais s'inquiètent de sa paralysie face aux revendications populaires qui les menacent et qui pèsent sur eux.

Plus généralement, l'État de droit, la démocratie et le développement sont en crises, car il est contradictoire d'imaginer un État aux compétences économiques limitées à l'essentiel et d'exiger de lui des interventions dans des domaines toujours plus vastes de la vie sociale. L'État de droit a perdu en quelque sorte la fonction solidariste qui était pendant longtemps la sienne.

L'économie de marché et sa mondialisation n'est pas sans incidence pratique sur l'État de droit. Celui-ci est devenu un véritable mythe, dont le bien fondé ne saurait être mis en doute, mais comme tout mythe, il est doté de force agissante travaillant la réalité sociale. Les politiques de déréglementation du marché entreprises ont cru, à tort ou à raison, que les lois du marché s'autoréguleront elles mêmes et réaliseront croissance et emplois, malgré les crises financières vécues et les incertitudes du futur de la croissance et de l'Emploi.

À la crise économique et sociale, s'ajoute une crise d'un type nouveau, l'intégration de la diversité culturelle et culturelle et la lutte contre le terrorisme.

§.2. L'État de droit face au défi de l'intégration de la diversité culturelle, culturelle et la lutte contre le terrorisme

A. Le défi de l'intégration de la diversité culturelle et culturelle dans l'ordre public social

Le problème fondamental de l'intégration de la diversité culturelle et culturelle dans l'ordre public social auquel est confronté l'État de droit réside dans la définition même de la notion de liberté. Dans la perspective qui est la nôtre, la mise en œuvre pratique des libertés en démocratie

est relative parce que la définition et le contenu même de la notion de liberté est relative, puisqu'il s'agit de partir d'une notion philosophique pour rejoindre le domaine juridique. Or, rien n'est aussi individuel, personnel, donc d'une appréhension difficile, que l'idée que chacun d'entre nous peut avoir de sa liberté.

En démocratie, la notion de liberté sur le terrain juridique ne peut que être relative, parce que le juriste ne peut pas imposer une conception unique, homogène, de la liberté, sauf s'il se situe dans le cadre d'un droit totalitaire refusant à chacun de se déterminer en partie librement.

La liberté connaît les mêmes limites que celle de la règle de droit, puisqu'elle ne s'imagine que dans un cadre socio-politique donné, et ne se conçoit que sur le plan du relatif. Car chaque individu reste soumis à des contraintes économiques, sociologiques, biologiques, qui tracent mieux que les règles de droit les limites de sa liberté. Du point de vue sociologique la coexistence, contemporaine d'États laïques et d'États confessionnels, de sociétés développées et de sociétés en voie de développement, donne à la notion de liberté autant d'éclairage différents, voir opposé (*voir Amal Mourji*)²⁷.

Prenons à titre d'exemple la laïcité à la française. Le concept de laïcité a été mis en œuvre pour la première fois en 1804 avec la promulgation du Code civil. Ce dernier a effacé la diversité des conditions juridiques des personnes qui tenait aux disparités religieuses: le droit civil est ainsi

27 MOURJI, Amal. « Universalité ou relativité des droits de l'Homme » Démocratie, Laïcité, Islam et le Particulier », *Revue Franco-Maghrébine de Droit* n° 12, 2004 ; Presse universitaire de Perpignan et Presse Universitaire des Sociales de Toulouse p. 1 à 48 ; « Les régimes politiques arabes face à la contestation islamiste et les contraintes du nouvel ordre mondial » *Revue Juridique et Politique des États francophones*, Paris, 58^e année, n°4, octobre-décembre 2004, édition, Juris Africa ; Académie d'été, partenariat euro-méditerranéen « Droit, religion et interculturalité »- école doctorale de droit, Université Jean Moulin Lyon III Annecy, du 9 au 17 juillet 2005 ; « La laïcité en question », académie d'été, partenariat euro méditerranéen ; « Egalité des personnes et diversité des cultures »-école doctorale de droit, Université Jean Moulin Lyon III – « Les instruments de l'égalité : le rôle du législateur », académie d'été, partenariat euro méditerranéen « Egalité des personnes et diversité des cultures » ; école doctorale de droit, Université Jean Moulin Lyon III – En partenariat avec l'Université Hassan II, faculté de droit de Casablanca – Hôtel Golden Tulipe- Rabat : du 26 au 30 septembre 2006 ; « Les instruments de l'égalité : le rôle du législateur », académie d'hiver, partenariat euro méditerranéen « Droit et différences culturelles », école doctorale de droit, Université Jean Moulin Lyon III – du 6 au 9 décembre 2007 : « La reconnaissance légale des identités

devenu un droit laïcisé, un droit marqué par l'uniformité dans les rapports interpersonnels.

Cette uniformité fonde la notion de rattachement à une loi civile commune qui s'impose à tous. La liberté religieuse est évoquée dans l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « *Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi.* ».

Par ailleurs, l'article premier, du préambule de la constitution du 4 octobre 1958, dispose « *La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion* » (voir convention européenne article 9)²⁸.

La laïcité est donc un principe de tolérance, d'égalité et de liberté. Elle est la forme juridique de la liberté de conscience, elle implique la neutralité confessionnelle de l'État et de ses institutions. Cela signifie que l'État est tenu à « l'indifférence » : la libre pensée a pour lui le même prix que la croyance. Les exigences des uns ou des autres seront donc toujours respectées dans la mesure où elles ne troubleront pas l'ordre public, chargé précisément de veiller à la laïcité de la République.

L'ordre public social est donc un concept qui peut être politique ou religieux dans un État constitutionnellement confessionnel. Lorsqu'il est politique on peut le définir comme un instrument utilisé par les autorités publiques pour s'opposer à toute initiative qui menacerait les conceptions dominantes concernant l'aménagement des rapports sociaux dans un pays donné à une époque donnée.

On se posera la question fondamentale de savoir, si la laïcité à la française est compatible avec la pratique de l'Islam ? Autrement dit, un

28 La Convention européenne des droits de l'homme reprend dans son article 9 et en l'amendant, l'article 18 de la Déclaration Universelle de 1948: « *Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites.* » et précise également les restrictions liées à la liberté de conviction et de religion en amendant l'alinéa 3 de la déclaration de 1981 : « *La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.* ».

musulman français peut-il bénéficier de toutes les prérogatives liées à sa religion, même si celles-ci sont incompatibles avec l'ordre public majoritairement dominant accepté ?

La laïcité à la française, par la loi du 9 décembre 1905 de séparation des Églises et de l'État²⁹, est dominée par l'idéologie des droits de l'homme. La liberté religieuse faisant partie de ces droits, l'apostasie et la renégation ne sont plus des infractions pénales, l'égalité de l'homme et de la femme étant également consacrée, la polygamie est au contraire érigée en infraction.

A priori la réponse ne peut être que positive dans la mesure où, par essence même, la laïcité inclut le droit à la différence. Mais, sur un plan légaliste la réponse ne peut être que négative, car le principe d'égalité implique notamment la sujétion de tous à la loi commune ; or le plein exercice de l'Islam est infractionnel en France, à l'évidence et pour nous en tenir aux deux exemples choisis, il va à l'encontre de la loi pénale, puisqu'il est non seulement inconciliable avec la liberté religieuse, mais encore autorise la polygamie.

Un musulman français ne peut bénéficier de toutes les prérogatives liées à sa religion, car celles-ci sont incompatibles avec l'ordre dominant majoritairement accepté. Cependant, il est évident qu'une certaine injustice dans les cas particuliers peut être la rançon nécessaire d'un ordre public socialement juste parce que démocratiquement imposé.

Mais comme il est d'essence politique, cet ordre public laïque est évolutif, son contenu peut varier avec l'état des croyances sociales, le jeu démocratique peut provoquer la mutabilité du droit et donc de l'ordre public. Pourrait-on aller au-delà de la notion d'ordre public ?

En d'autres termes, faut-il amener la société française à dépasser la conception historique d'une France laïque façonnée par l'idéologie des

29 Les législations antérieures : (Loi du 15 mars 1850 sur les établissements (scolaires) du primaire et du secondaire (loi Falloux) « *Les établissements libres peuvent obtenir des communes, des départements ou de l'État, un local et une subvention, sans que cette subvention puisse excéder un dixième des dépenses annuelles de l'établissement. Les conseils académiques sont appelés à donner leur avis préalable sur l'opportunité de ces subventions.* » (art.69) ; Loi du 12 juillet 1875 (loi Laboulaye) « *L'enseignement supérieur est libre.* » (art.1er) ; Loi du 28 mars 1882 sur l'instruction publique obligatoire (loi Jules Ferry) « *Les écoles primaires publiques vaqueront un jour par semaine en outre du dimanche, afin de permettre aux parents de faire donner, s'ils le désirent, à leurs enfants l'instruction religieuse en dehors des édifices scolaires.* » (art.2). Loi du 30 octobre 1886 sur l'organisation de l'enseignement primaire (loi Goblet).

droits de l'homme, pour l'ouvrir à de nouveaux horizons culturels et culturels en considération des hommes et des femmes venus de cultures diverses, mais dont l'avenir semble lié au sol français.

Si en effet, le respect de la diversité culturelle est non seulement nécessaire mais légitime, le respect des identités culturelles et culturelles ne devrait pas être légitimement toléré lorsque qu'il va à l'encontre des droits universelles³⁰ consacré par l'ordre public constitutionnel.

L'évolution démographique de la communauté musulmane française et les problèmes d'intégration, que cette évolution suscite, posent en termes radicalement nouveau la question passionnelle de la place des religions dans la société française ? L'enjeu de la question est de taille pour l'État de droit, la démocratie et la stabilité sociale.

Ceci étant, quand il s'agit d'un droit ou d'une liberté fondamentale, l'État de droit, la démocratie et la laïcité admettent la reconnaissance des particularités qui peuvent apparaître dans la société. Mais, quel sens, quel contenu, l'État de droit donne à la liberté religieuse ?

On peut dire que la liberté religieuse pas plus que les autres libertés peuvent être définie comme des situations juridiques légales et réglementaires dans lesquelles l'individu se voit reconnu le droit d'agir sans contrainte dans le cadre des limites fixées par le droit positif en vigueur et éventuellement déterminées sous le contrôle du juge, par l'autorité de police chargée du maintien de l'ordre public.

Telle est la conclusion que l'on peut tirer de l'arrêt du Conseil d'État du 26/08/2016 « *Ligue des droits de l'Homme et autres – association de défense des droits de l'Homme collectif contre l'islamophobie en France* ». Dans cette affaire du *bourkini*, le Conseil d'État a estimé, que « *si le maire est chargé du maintien de l'ordre dans la commune, il doit concilier l'accomplissement de sa mission avec le respect des libertés garanties par les lois.* »

30 Les déclarations universelles des droits de l'homme sont conçues et affirmées, en dehors de toute obédience à telle philosophie, doctrine ou religion. Puisqu'elles visent notamment à statuer sur l'homme quelles que soient ses convictions ou ses croyances. Le seul statut d'homme justifie l'octroi des droits. Telle est la vocation universelle de la déclaration française de 1789, qui dans la lignée de l'habeas corpus anglais et de la déclaration américaine d'indépendance de 1776, définissent les rapports de l'individu dans son rapport à la société et à l'État. Les principes posés par la déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 semblent à priori donner une représentation des droits de l'homme valable pour tous les hommes.

« que les mesures de police que le maire édicte en vue de réglementer l'accès à la plage et la pratique de la baignade doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées au regard des seules nécessités de l'ordre public ...», dès lors, l'arrêt litigieux a ainsi porté une atteinte grave et manifestement illégale aux libertés fondamentales que sont la liberté d'aller et venir, la liberté de conscience et la liberté personnelle. »

«Qu'il ne résulte pas de l'instruction que des risques de trouble à l'ordre public aient résulté, sur les plages de la commune, de la tenue adoptée en vue de la baignade par certaines personnes ».

En conclusion sur ce point, cette jurisprudence, très respectueuse de la liberté religieuse, s'intègre parfaitement dans l'ordre constitutionnel de l'État de droit. Mais une telle jurisprudence peut être dangereuse en ce qu'elle ouvre la porte à des revendications religieuses, autres que vestimentaires, qui peuvent menacer la cohésion de la société où l'adhésion de tous à des valeurs communes constitue l'ordre public. Le maintien de laïcité, principe de tolérance, est le seul à même d'assurer le principe constitutionnel de liberté et d'égalité devant la loi de tous les citoyens.

Les relations entre l'universel et le particulier constituent le centre du débat complexe qui anime la vie démocratique, lequel est conflictuel et problématique. Aussi, il serait donc souhaitable, pour un bon vivre ensemble, que les citoyens de confession musulmane exercent leur liberté religieuse dans le cadre des garanties de l'État de droit, mais aussi d'embrasser aussi les valeurs démocratiques et culturelles de la société dans laquelle ils ont volontairement choisi de vivre, pour contribuer à enraciner cette liberté que l'État de droit garantit.

B. Le défi de l'État de droit face au terrorisme

La notion de terrorisme est complexe et il n'est pas question ici de nous interroger sur les motifs qui l'anime³¹. Face aux terroristes, tout individu peut être tenté de penser légitimement de dire

« pas de liberté pour les ennemis de la liberté » ou encore selon Saint-Juste *« qu'il faut répondre à l'illégalité par l'illégalité »*.

31 Colonisation, décolonisation et leur effets pervers : néocolonialisme, conflits territoriaux, iniquité du droit international, mais aussi, obscurantisme....

Mais l'État de droit ne peut agir ainsi. C'est dans le cadre du droit qu'il agit. C'est dans le respect des lois encadrant l'état d'urgence qu'il prend les mesures préventives prononce les sanctions sous le contrôle du juge. Agir autrement, reviendrait saper le fondement même de l'État de droit.

Bibliographie

- AMSELEK, P., « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *Revue du droit public*, 1982
- BARILARI, André. *L'Etat de droit : réflexion sur les limites du juridisme*. L.G.D.J., 2000.
- BURDEAU, G. *La démocratie*, Seuil-Politique, 1966
- COMTE, A. *Système de politique positive*, ED. 1899
- DURKEIM, E. *De la division du travail social*. 1891
- DUGUIT, L. *Traité de droit constitutionnel*. 1911
- DUGUIT, L. *Souveraineté et liberté*, Paris :Librairie Félix Alcan, 1922
- FUKUYAMA, F. F., *The End of History and the Last Man*. Free Press, 1992
- GAMBA, Laurent. L'État de droit, la démocratie et le développement économique en Afrique subsaharienne, pp. 65-66.
<http://www.collectionscanada.gc.ca/obj/s4/f2/dsk2/ftp02/NQ43483.pdf>
- Hayek, F.A. *Droit, législation et liberté*, tome 2, 1976, P.U.F, 1981
- HOLDER, Angela Roddey. *The Meaning of the Constitution*, New-Work :Barron's Educational Series, 1974
- LEISNER, W. *L'Etat de droit : une contradiction*. Mélanges Eisemann, Paris, Cujas, 1974
- Les Constitutions de l'Europe Nouvelle*. Paris :Delagrave, 1928
- LEVY, Bernard-Henry. *Barbarie à visage humain*. Paris :Grasset, 1977
- LEVY, B. H. *Le testament de Dieu*, Paris :Grasset, 1979.
- MOURJI, Amal. « Universalité ou relativité des droits de l'Homme » Démocratie, Laïcité, Islam et le Particulier », *Revue Franco-Maghrebine de Droit* n° 12, 2004 ; Presse universitaire de Perpignan et Presse Universitaire des Sociales de Toulouse